

程序问题冲突规则的构建原理

林 强

内容提要:因有利于维护诉讼效率,程序问题适用法院地法仍为涉外程序问题法律适用的一般原则。不过,如当事人在涉外程序事项上具有值得保护的适用外国法的利益,立法者完全可以突破该原则而发展出程序问题的双边冲突规则。目前,至少选择法院协议、当事人能力以及诉讼行为能力等事项适用法院地法有所不当,甚至损害当事人的相关程序性权益,立法者宜为这些程序事项制定双边冲突规则。遗憾的是,2023年新修正的《民事诉讼法》仍严格坚持法院地法原则,未有关于程序事项双边冲突规则的相关规定,这一立法漏洞宜通过司法解释予以填补。未来,在作证特免权等程序事项上亦有适用外国法的空间。理论界与实务界应以演进的态度对待涉外程序问题的法律适用,重视发展国际民事诉讼中的双边冲突规则。

关键词:国际民事诉讼 冲突规则 选择法院协议 当事人能力 诉讼行为能力

林强,中国社会科学院国际法研究所国家级涉外法治研究基地助理研究员。

国际民事诉讼法上法律选择问题向来不被重视,因为根据根深蒂固的理念,程序问题只需适用法院地法。此被称为法院地法原则,2023年修正的《民事诉讼法》第270条即是该原则的立法体现。^[1]然而,近年来部分学者认为程序问题也非均适用法院地法,^[2]但未详细探讨为何法院地法原则可以被突破、哪些程序事项可以发展出双边冲突规则、这些双边冲突规则应如何建构等问题。这一系列问题具有探讨的必要,《民事诉讼法》第277条关于选择法院协议效力的认定、^[3]第282条关于被承认外国裁判的既判力^[4]以及第330条关于无诉讼行为能力的认定等均涉及法律选择问题。为此,本文将立足于基本

[1] 参见王瑞贺主编:《中华人民共和国民事诉讼法释义》,法律出版社2023年版,第502页。

[2] 参见李旺著:《国际民事诉讼法》(第2版),清华大学出版社2011年版,第3页;何其生著:《比较法视野下的国际民事诉讼》,高等教育出版社2015年版,第7、27页;李双元、谢石松、欧福永著:《国际民事诉讼法概论》(第3版),武汉大学出版社2016年版,第73-74页。

[3] 此外,《民事诉讼法》第281条、第282条、第301条均涉及选择法院协议的效力问题。

[4] 关于最新的相关研究成果,参见李旺、王露:《外国判决效力法律适用规则的理论探析、价值考量与中国选择》,《清华法学》2023年第2期,第191-208页。

原理,系统探究程序问题冲突规则建构的一般理论与具体情形。因程序问题与实体问题如何区分目前未有定论,为不遗漏相关问题的讨论,本文相对广义地界定程序问题,凡是在诉讼程序中出现且与当事人商事法律关系上的权利和义务不直接相关的问题都视为程序问题,^[5]其中未被《涉外民事关系法律适用法》(下称“《法律适用法》”)触及的事项是探讨重点。在下文,笔者将重点阐释两个基础命题。第一,程序问题原则上应适用法院地法,但法院地法原则并非教条,为更好地保障当事人的程序性权益,立法者可为部分程序事项制定双边冲突规则。第二,中国当下有必要为选择法院协议、当事人能力与诉讼行为能力等问题发展出双边冲突规则。在此基础上,笔者主张,应持演进的态度,重视拟定和发展程序问题的双边冲突规则。

一 程序问题并非只能适用法院地法

在自然正义说、公法禁忌说以及司法效率说等诸多学说的支持下,法院地法原则被认为是国际民事诉讼法上的“铁律”。下文将首先澄清法院地法原则真正的理论基础,旨在从根源上澄清法院地法原则可否被突破。

(一) 支持法院地法原则的理由

早在法则区别说时代,法院地法原则就已被注释法学家巴尔杜伊努斯(Jacobus Balduinus)提出。^[6]在当代,一些国家更是明确规定了该原则。^[7]据此,权威著述认为法院地法原则是“国际私法上最古老以及最少被争议的规则之一”,^[8]甚至是内在于任何国际私法体系的“永恒真理”。^[9]不过,该原则并非牢不可破,下文将重点辨析几个较常被用来论证该原则的学说——自然正义说、公法禁忌说与诉讼效率说。

自然正义说为沃尔夫(Martin Wolff)所主张,他认为法院地法原则符合正义的要求。^[10]一方面,当一个法院有管辖权,当事人相应能期待该法院的程序规则得到适用;另一方面,对纯国内案件和带有外国因素的案件适用不同的程序规则有违平等原则,而法院地法原则有助于平等对待两类案件的当事人。^[11]但是,情况果真如此吗?当事人在选择受诉法院时,可能更多考虑哪国法院能更便捷地查明案件事实、自己对哪国法院的司法环境更熟悉、哪国法院作出的判决最后更容易得到承认与执行,而法院地程序规则如何规定只是诸多考量因素之一,有时甚至不被考虑。所以,即便是当事人双方都选择到一个法院诉讼,我们也很难认为当事人期待适用该地程序规则。更何况,当事人双方协议到某法院

[5] 根据此种程序与实体的区分标准,时效问题和部分证据问题等均为实体问题,排除在本文的讨论范围之外。

[6] See Kurt Lipstein, *Principles of the Conflict of Laws: National and International*, Martinus Nijhoff Publishers, 1981, p. 7.

[7] 保加利亚、意大利、荷兰、匈牙利、委内瑞拉等国均有相关立法例。See Jürgen Basedow et al. eds., *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 3025, 3331, 3553, 3943, 3992.

[8] Vgl. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht*, 9. Aufl. 2024, Rn. 319.

[9] See Paul Torremans et al., *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 15th edition, Oxford University Press, 2017, p. 73.

[10] 参见[德]马丁·沃尔夫著:《国际私法》(第2版),李浩培、汤舜宗译,北京大学出版社2009年版,第256页。

[11] See Richard Garnett, *Substance and Procedure in Private International Law*, Oxford University Press, 2012, p. 12.

诉讼的情况只是少数,跨境诉讼的常态是被告被动应诉或到外国法院提起平行诉讼,在这些情形中,被告对于适用原告选定的法院地法律并无何种期待可言。而平等原则是否要求适用法院地法也有疑问。以实体问题为例,在涉外案件中法官可以适用外国实体法,而在纯国内纠纷中法官只适用本国实体法,并没有人以平等原则为由,认为这样做区别对待了国内外当事人。国际民事诉讼关系含有涉外因素,和纯国内民事诉讼关系或多或少有别,如果从平等原则的另一面即“不同情形应不同对待”来看,我们反而可以推导出涉外程序问题不必然应适用法院地法。

公法禁忌说一度广受认可,代表性观点认为:民事诉讼法是公法,一国的诉讼规则主要针对的是作为国家机关的法院,旨在确定法院的组织、功能以及确保程序依清晰明确的方式推进;这些事项本质上属于一国主权范围内的事项,并无外国法适用的空间。^[12]这一主张的缺陷体现在两方面。第一,民事诉讼法虽是公法,但明显有别于其他公法。民事诉讼规则中有相当一部分规则和实体规则联系紧密,关涉民商事权利义务的实现。此外,诉讼请求范围的确定、证明对象的自认、诉讼契约等制度都可视为受当事人意思自治影响的诉讼制度,这些规则与典型的公法有别,也非纯粹维护公法上的利益。因此,即使公法事项适用法院地法能成立,也仅限于司法组织法,对受实体私法影响或受当事人主义塑造的诉讼规则不当然成立。第二,公法事项也绝非只能适用法院地法。现实中一国公法在不少情形中可被他国适用,例如某人是否具有一国国籍,应依该国国籍法来判断。甚至一国法院也可适用外国刑法,例如《瑞士刑法典》(*Schweizerisches Strafgesetzbuch*)第 7 条第 3 款规定:如犯罪行为发生在外国,法院应确保对罪犯的刑罚不比犯罪地法所规定的刑罚严厉。在特定案件中,如瑞士刑罚比犯罪地刑罚严厉,那么犯罪地刑法规则就有可能得到适用。所以,即便民事诉讼法是公法,也不意味着与之相关的程序问题必然只能适用法院地法。

相对而言,司法效率说(或“便利说”)更有说服力。该说认为,诉讼程序适用法院地法是为了避免法院在涉外案件中适用不熟悉的外国规则进行审判,因为大量的程序问题适用外国法将带来极大不便;^[13]而反过来说,适用法院地法可以保障诉讼的便捷和高效。笔者赞同此说,因为诉讼经济是民事诉讼法所追求的重要价值目标。如果大量程序问题都适用外国法,法官必须耗费大量时间和精力查明外国法,甚至必须依赖外国法专家方能明晰诉讼细节,如此近乎丧失诉讼指挥权;对当事人而言,诉讼如若拖沓且低效则意味着其无法及时有效地获得司法救济。所以,程序问题原则上应适用法院地法,这可极大地减轻司法负担,保障诉讼流程的明晰与高效,也符合当事人和法院的利益。

(二)突破法院地法原则的可能

既然法院地法原则建立在司法效率说的基础上,我们就不宜认为其为“铁律”,因为在诉讼效率之外,民事司法尚有别的更为重要的目的和追求。如果在少量问题上适用外

[12] Vgl. Junker, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl. 2023, § 21 I Rn. 2.

[13] See Lawrence Collins of Mapesbury et al., Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws, 16th edition, Sweet & Maxwell, 2022, § 4-004.

国程序法不会给司法带来过重负担,而诉讼程序大体上也能照常推进,那么我们完全可因诉讼活动的其他目的和追求为法院地法原则创设出例外。

当代冲突法理论认为,原则上一国无义务适用外国法,之所以在涉外私法案件中适用外国法,是因为只有如此方能更有效地保护私人利益。^[14]同理,在程序问题法律选择事项上有无必要适用外国程序法,取决于当事人对适用外国程序法是否有值得保护的程序性权益。在国际民事诉讼法发展的早期,一国倾向于将所有的程序问题视为司法权的行使问题,当事人适用外国程序法的利益不被承认,便不可能存在适用外国程序法的空间。^[15]从20世纪中叶开始,受“程序正义”理念与诉讼目的论的影响,国际民事诉讼法开始更多地从当事人的立场出发,关注当事人的程序性权益保障。国际民事诉讼活动也就不被视为纯粹的司法权的行使过程,还可被视作广义上的跨境民商事交往的一个有机环节。在此过程中,我们承认当事人对程序事项的法律适用有利益关切点,并且有时只有适用外国程序法才能保障此类程序性权益。

例如,有经验的跨国交易者往往会在合同中拟定争议解决条款,他们通常会综合考量庭审公正性、便捷性以及裁判执行等因素,审慎地选择管辖法院。原则上各国根据本国程序规则推进诉讼,交易双方会特别留意被选择法院地的证据规则,并在履约过程中根据被选择法院地的证据规则积极做好证据的收集和保护工作。同时,纠纷解决成本也属于经营成本,合理地规划纠纷解决方案,实质上也是跨境经营中的一个环节。从这个角度来看,尽管选择法院协议涉及的是程序事项,但其重要性完全不亚于合同中的其他事项,当事人同样可因选择法院协议的存在而进一步规划和安排其他跨境民商事活动,进而产生一系列值得保护的合理期待,此时就不宜认为选择法院协议的有效性等事项只能适用法院地法。因为,国家之间的协议管辖规则或多或少有异,不同国家的法院可能对法院选择协议的效力得出截然不同的认定结果。如果法院选择协议的效力处于不确定的状态,协议管辖产生的合理期待就无法得到维护。因此,选择法院协议的有效性不宜根据法院地法原则来认定,而适用先定的特定国法律则可避免当事人挑选法院而操纵法院地法,有助于当事人事前就确定法院选择协议的效力,稳定因法院选择协议而产生的一系列行为预期。

不过我们必须承认,多数情形下适用法院地法的程序规则不会贬损当事人的程序性权益,因为当事人的多数诉讼行为发生在诉讼开始后,其已能根据法院地法调整自己的诉讼行为,而有必要适用外国法的仅是那些与实体问题结合相对紧密或与实体法律关系较相似的程序问题。为了便于当事人更好地参与国际交往,保护他们的程序性权益,对这些边缘的程序问题,可以在法院地法原则之外创设双边冲突规则。在下文,笔者将结合既有

[14] 关于历史上的见解,参见宋晓著:《当代国际私法的实体取向》,武汉大学出版社2004年版,第30-36页。

[15] 这一论断在19世纪戴西(Albert Venn Dicey)的论述中得到了佐证,他认为程序问题不涉及当事人的权利问题而仅关涉法院的实践,法院只应采取那些其认为适当或正义的实践。See Albert Venn Dicey, *A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*, Stevens and Sons Limited, 1896, p. 35. 这一理念体现了国际民事诉讼中的“国家本位主义”,关于该理念的兴衰,参见林强:《国际民事诉讼程序问题法律适用论纲》,《法学》2023年第8期,第182-184页。

的讨论,探析在中国当前的规范语境中,为何选择法院协议、当事人能力、诉讼行为能力等问题应成为适用法院地法原则的例外,而我们又应如何发展这些问题的双边冲突规则。

二 关于选择法院协议的双边冲突规则

虽然选择法院协议的效力问题不宜全然适用法院地法来认定,^[16]但受法院地法原则束缚,学者往往从识别制度着手,将其定性为实体法上的特别合同或是“诉讼契约”。不过,这样的努力并不成功。选择法院协议并非实体法上的特别合同,因为其几乎不产生实体法上的效果,当事人既无因此负担在某地诉或不诉的行为义务,也很难以对方违反选择法院协议为由主张损害赔偿责任。^[17]此外,一些学者认为选择法院协议是“诉讼契约”,^[18]无非是为了将选择法院协议的成立、内容以及解释等问题作为实体问题来处理,进而适用合同准据法;而将选择法院协议是否发生特定程序法上的效果(可执行性)视为程序问题,适用法院地法。但是,选择法院协议有效与否等所谓的实体问题最终又都会对程序本身产生影响,比如选择法院协议不成立就根本不会产生指定特定法院管辖的效果,那么照此逻辑所有的实体问题本质上都可视作程序问题,故这种一分为二的定性结论在逻辑上经不起推敲。笔者认为,选择法院协议是协议管辖制度得以展开的重要载体,选择法院协议的相关问题就是程序问题,而没必要扭曲这一认知,强行寻找不同的定性可能。既然法院地法原则存在例外,这一定性也不妨碍回归法律选择的基础原理,探讨哪些选择法院协议的事项可通过双边冲突规则确定准据法,以及如何为该双边冲突规则选取合适的连结点。

(一) 选择法院协议双边冲突规则的连结对象

有观点认为,一国为选择法院协议所设立的特殊生效规则体现了其公共政策,应直接予以适用;而选择法院协议的其他问题(包括形式问题与实质问题等)可根据一般合同的法律适用原则确定准据法,^[19]从而更好地维护当事人的程序性自治权。该观点立足于法律选择的基本原理,相较于比较法上的其他做法^[20]大致合理,但有待进一步阐释。

1. 不以双边冲突规则确定准据法的问题:特别生效要件

因选择法院协议能对一国管辖权产生直接影响,通常一国法律存在不少针对选择法

[16] 多数中国法院仍认为协议管辖问题为程序问题,应适用法院地法,代表性裁判可参见最高人民法院(2015)民申字第471号民事裁定书。

[17] 参见黄志慧:《欧盟协议管辖制度实施之保障研究》,《现代法学》2017年第6期,第147-148页。

[18] 参见杜涛:《中国批准海牙〈选择法院协议公约〉的法律问题及对策》,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2016年第4期,第91页。

[19] 参见焦燕:《法院选择协议的性质之辨与制度展开》,《法学家》2011年第6期,第171-173页。

[20] 在选择法院协议事项上,美国部分法院区分出了可执行性问题和解释性问题,并认为解释性问题不一定适用法院地法。根据西梅恩尼迪斯教授的归纳,实践中的可执行性问题等同于有效性问题,既涵盖了意思表示相关的问题(合意是否达成、意思表示是否真实),也包括了不得违反公共秩序等政策性层面的问题;而解释性问题是指出如何确定选择法院协议的意义、范围以及效果的问题。笔者认为,意思表示相关的问题和公共秩序并不相关,法院地法并无单边适用的必要,适用法院地法反而让当事人一方可以在事后通过挑选法院改变有效性的认定结果。总体上,美国司法实践对于中国参考意义有限。关于美国的司法实践,see Symeon C. Symeonides, What Law Governs Forum Selection Clauses, 78 Louisiana Law Review 1119 (2018)。

院协议的特别生效规则。如果这些管制规则体现了法院地国的重大公共利益和政策考量,且法院地国客观上具有适用这些规则的紧迫利益,则这些规则应直接予以适用。大致而言,中国法上的这些管制规则涵盖如下事项。

其一,不得违反专属管辖的要求。法官宜区分中国法院是被选择管辖案件还是被排除管辖案件这两种情形。在中国法院被排除管辖的情形中,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(下称“《民诉法解释》”)第529条明确指出,如果中国法院依非涉外编和涉外编中的专属管辖规定享有专属管辖权,当事人不得选择外国法院管辖,亦即此类选择法院协议无效。而如果中国法院是被选择管辖案件的法院,该选择是否违反特定外国的专属管辖权在所不问,除非对中国生效的国际条约要求尊重外国专属管辖权。^[21]此外,如选定的中国法院认为该协议违反《民事诉讼法》第34条,原则上仍应尊重当事人选择中国法院管辖的意思,可依移送管辖或指定管辖的规定将案件交由适当的其他中国法院审理。^[22]

其二,被选法院与案件具有实际联系的要求。目前,对于选择中国法院的情形,《民事诉讼法》第277条不要求中国法院与案件具有实际联系。该规则体现了中国尽可能扩大协议管辖受案范围的重大司法政策,应直接予以适用。至于选择外国法院,目前立法尚无明确规定。笔者认为,对于选择外国法院,同样可不要求被选择的外国法院与案件有实际联系。一方面,这有利于尊重当事人的意思自治,只要当事人是在深思熟虑的基础上选择与案件无实际联系的法院,该法院往往被认为是能公正解决纠纷的中立法院,对此立法者可不必要过度干预。另一方面,中国管辖的涉外案件未必会因此而过度外流,因为当事人势必还会综合考量裁判的承认和执行以及庭审便利等因素,选择毫无联系的外国法院解决争议的情形终究为少数。如未来立法明确被选择的外国法院无需与案件有实际联系,此规则体现中国的开放型司法政策,也应直接予以适用。

其三,弱者保护的特别要求。在特定个案中,如选择法院协议的双边冲突规则所确定的准据法无弱者保护的相关规定,或其相较于中国法保护水平较低,此时中国法上关于弱者保护的规定应直接予以适用。目前中国法对协议管辖中的弱者保护重视不足,仅《民诉法解释》第31条为保护消费者制定了特别规则。该条规定,如格式条款含有选择法院协议,但未提请消费者注意,该选择法院协议无效。理论上,关于选择法院协议签订主体与签订时限的规定都属于此类弱者保护规则,未来中国立法宜完善此类规则。

其四,关于书面形式的特别要求。在合同冲突法中,为便捷交易、促成交易的成立,一般允许法院任择性适用法律行为地法或法律行为自身的准据法,以促成形式有效的认定。但是几乎未有国家奉行“有利于选择法院协议有效”的法政策,所以原则上不宜采用合同冲突法一般原理处理选择法院协议的形式问题。域外学者认为,通过书面形式缔结选择法院协议能起到提醒作用,避免当事人在未认真考量的情况下作出承诺,确保当事人之间

[21] 德国法上也有类似见解。Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 549.

[22] 参见黄薇主编:《中华人民共和国民事诉讼法修改决定释义》,中国法制出版社2023年版,第58页。

形成真实的合意。^[23] 因而书面规定的规定也可视为保护性规定,保护无商事经验的普通民事主体,避免因草率缔结选择法院协议而对司法救济造成负面影响。故《民事诉讼法》第 277 条关于书面形式的规定宜作为特别生效规则,同其他保护性规定一样,具有一定的强制性,在涉外情形中应直接予以适用。

2. 以双边冲突规则确定准据法的问题:成立要件及相关问题

除前文列举的特别生效要件之外的其他问题都可归入成立要件及其相关问题,具体包括意思表示是否真实和合致、意思表示的解释等问题。我们可以借用合同冲突法的分析思路为这些事项确定准据法,但须注意以下几个方面。

第一,部分问题或先决问题的法律适用。当事人是否有行为能力、^[24] 订立选择法院协议的代理人是否有代理权限、选择法院协议是否约束合同权利或义务的受让人等事项,应分别根据这些问题的冲突规则确定准据法。例如,《民诉法解释》第 33 条规定:“合同转让的,合同的管辖协议对合同受让人有效,但转让时受让人不知道有管辖协议,或转让协议另有约定且原合同相对人同意的除外。”该条实际上是对合同转让后果的明确,在涉外情形下,管辖权协议是否随着合同转让而转让,应适用合同转让的相关冲突规则确定准据法。故在涉外情形中,《民诉法解释》第 33 条并非当然地适用。

第二,解释问题的范围。选择法院协议的解释事项主要涉及选择法院协议的含义的确定。例如,在当事人未明确约定时,协议选择的法院是否具有排他性管辖权以及协议是否涵盖竞合的侵权请求等,这些事项应由选择法院协议冲突规则所确定的准据法来裁断,以更好地保护当事人的合理预期。《民诉法解释》第 32 条实质上也是在处理选择法院协议的解释问题,其规定:如果在管辖协议中约定当事人一方住所地法院管辖,协议签订后当事人住所变更,仍由签订管辖协议时约定的法院管辖,除非当事人另有约定。在涉外情况下,该规则不得直接予以适用。此外,还有一些问题也宜作为解释问题予以对待。其一,主合同效力瑕疵是否影响法院选择条款的效力。或许有观点认为,这是关于选择法院协议是否具有独立性的问题,取决于一国对协议管辖有多大的包容度,应适用法院地法判断较妥当。但笔者认为,这不涉及法院地重大公共利益,交由选择法院协议双边冲突规则确定的准据法来判断更合适。其二,排他性选择法院协议是否排除其他法院将该争议作为抵销或反诉的审理对象。如果当事人在选择法院协议中作出明确表示,应尊重当事人的约定。如当事人未作明确表示,最好将其作为解释问题交由选择法院协议的双边冲突规则所确定的准据法决定,这可在理论上给予当事人事前可知的程序效果。

(二) 选择法院协议双边冲突规则的连结

在界定选择法院协议的哪些事项需要由双边冲突规则确定准据法后,则应探究关于选择法院协议的双边冲突规则应采用什么连结。下文将聚焦于两个核心问题:第一,能

[23] Vgl. Mankowski, in: Rauscher Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR Band I, 5. Aufl. 2021, Art. 25 Brüssel Ia-VO, Rn. 214.

[24] 具体是指民法上的行为能力而非诉讼行为能力。Vgl. Gottwald, Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen - Verträge zwischen Prozessrecht und materiellem Recht, in: Gerhardt/Diederichsen/Rimmelpacher/Costede (Hrsg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, 1995, S. 306.

否准许以及如何确定当事人选择了准据法;第二,在当事人未选择准据法的情况下,应如何根据客观连结点确定准据法。

1. 主观连结点

选择法院协议本身就是意思自治的产物,当事人应被准许选择其准据法以更好地实现意思自治。因此,如果当事人明确为选择法院协议选择了准据法,这一安排理应被尊重。但在实践中如此严谨地订立选择法院协议的情况还甚少,当事人通常不会明示选定选择法院协议的准据法。更常见的是,当事人在争议解决条款中分别约定了合同准据法和法院选择条款。此时能否认为法院选择条款属于合同的一部分,当事人约定的合同准据法也可以作为选择法院协议的准据法,或认为当事人默示地也一并为选择法院协议选择了准据法?国外有学者和司法实践对此予以肯定。^[25]笔者认为,法律选择条款是否也同时为选择法院协议指定了准据法,这实质上是合同的解释问题,首先应以当事人的意思表示为准。例如,当事人已在法律选择条款中明确表明所选择的法为整份合同的准据法,由此可以肯定当事人应有意根据所选择的合同准据法判断选择法院协议的有效性。但如果法律选择条款仅泛泛地提及由合同产生的争议适用某法解决,而无法解读出前述信息,笔者倾向于否定当事人默示选择了选择法院协议的准据法。从现实情境出发,如果当事人有意选定选择法院协议准据法,通常会作出明确表示。如果当事人未明确表示,通常意味着其并无此种意思,所谓的“默示选择准据法”不过是法院强加给当事人的法律后果。

2. 客观连结点

法院如果不能认定当事人已选定了选择法院协议的准据法,则需通过客观连结点确定所应适用的法,适用主合同准据法与适用被选择法院地法是目前较有说服力的主张。

适用主合同准据法的理由主要是,选择法院条款往往被囊括在主合同之中,适用同一准据法,可以避免当事人在签订此种合同时同时注意不同法对合同成立的要求,降低当事人交易中的注意义务。^[26]另外,当事人在订立此种合同时,通常是意欲二者都同时生效,适用同一法律体系的规则,可以避免因准据法不一而出现主合同成立而选择法院条款不成立,又或是相反情形的发生。但该观点有时也失之偏颇。第一,选择法院协议也可能是在主合同之外作为独立的协议书而存在,这样的情形多发于争议发生后。当选择法院协议以独立的文书形式存在时,其与主合同的关系并不密切,适用主合同准据法的理由不充分。第二,协议管辖还适用于合同之外的其他财产性纠纷,在这些纠纷中不存在所谓的“主合同”,适用主合同准据法也就无从谈起。第三,争议解决条款具有一定的独立性,即使是发生合同不成立或合同无效的情形,当事人也依然希望选择法院协议成立且有效,以期和合同相关的争议最后都能在被选择的法院解决。因此,为了选择法院协议和主合同在成立与生效问题的认定结果保持一致而适用相同准据法的观点说服力有限。第四,合同冲突法尚且准许当事人对特殊事项约定不同的准据法、对特殊问题适用独立的冲突规

[25] See Jason Webb Yackee, Choice of Law Considerations in the Validity & Enforcement of International Forum Selection Agreements: Whose Law Applies?, 9 *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 43, 84-88 (2004).

[26] Vgl. von Hoffmann/Thorn, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2007, § 3 Rn. 79.

则,选择法院条款如此特殊,且处理的是性质上与主合同其他方面不同的问题,对其适用不同的法可以得到理解。事实上,选择法院协议的特别生效要件适用的是法院地法,这已经相当不同于主合同生效问题的准据法的确定方式,继续对选择法院协议的成立要件适用不同于主合同的准据法,合同当事人对此也不会感到太意外,或认为缔约注意义务陡增。

比较法上有适用被选择法院地法的做法。海牙《选择法院协议公约》(*Convention on Choice of Court Agreements*)第 5 条第 1 款就明确规定,除形式要件之外的无效事由(包括欺诈、误解、意思表示错误、胁迫与欠缺行为能力等),^[27]均适用被选择法院地法。但被选择法院地法包括了该法律体系中的冲突规则。这一规定后被《布鲁塞尔条例 I(修订版)》(*Brussels I bis Regulation*)第 25 条效仿,根据《布鲁塞尔条例 I(修订版)》序言第 20 条,被选择法院地法同样包括了其冲突规则。笔者认为,被选择法院地作为连结点具有足够的明晰性,其相比较于合同准据法更容易为当事人所确认,便于当事人事前明确所应适用的法。同时,被选择法院地往往就是受理案件的法院地,附随的效果是,法官无须查找外国法而直接适用法院地法就能得出认定结论。不过,被选择法院地法不应包括其冲突规则,因为很多国家都没有明确的选择法院协议冲突规则,当事人或法院查明被选择法院地法中的冲突规则不仅困难而且耗时,^[28]还可能进一步引发转致或反致等问题,法律适用的不确定将大大增加,进而将导致适用被选择法院地法的优点丧失殆尽。中国如采纳被选择法院地作为选择法院协议的客观连结节点,则不宜引入反致或转致。

适用被选择法院地法也可能面临一些难题。实践中存在的可能情形例如,当事人在选择法院协议中约定多个可受理案件的法院,或在选择法院协议中约定排除某一个或某几个本具有管辖权的法院,又或在选择法院协议中约定一方当事人可在多个法院起诉,而另一方当事人只能在某个法院起诉。在这些情形中,当事人可能无法根据被选择法院地这一连结节点确定准据法。此时,有必要准许当事人在事前或事后选定准据法,如当事人不能达成合意,立法应引入最密切联系原则,授权法官在个案中决定所应适用的法。

三 关于当事人能力的双边冲突规则

当事人能力是成为民事诉讼当事人、享有诉讼权利和承担诉讼义务所需要的资格。有无当事人能力是程序问题,因为其不直接关涉民商事权利义务关系,而是诉讼场域中的特有问题。在国际民事诉讼中,当事人能力有无的判断至关重要,有时甚至能直接决定裁判结果,如不考虑当事人的属人法,结果可能不当。^[29]然而该问题作为程序问题为何不

[27] See Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report on the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, HCCH Permanent Bureau, 2005, para. 126.

[28] Vgl. Magnus, *Sonderkollisionsnorm für das Statut von Gerichtsstands- und Schiedsgerichtsvereinbarungen?*, IPRax 2016, 521, 528.

[29] 例如,荷兰法院审理“章公祖师案”时就未正确依据中国法认定中国村民委员会具有当事人能力,该判决招致不少批评,可参见霍政欣、陈锐达:《跨国文物追索:国际私法的挑战及回应》,《国际法研究》2021 年第 3 期,第 113-115 页。

宜适用法院地法,我们又应如何为其确定准据法,尚需给出系统说明。

(一) 不适用法院地法的理由

德国和日本都有学者以法院地法原则为依据,进而主张适用法院地法。^[30] 不过立足于中国法的实际,该理论主张说服力有限。

第一,中国当事人能力制度的规则体系带有鲜明的本土特色,立法者似乎无意将部分当事人能力规则适用在涉外情境中。在德国和日本,部分学者提倡适用法院地法,很大程度上是因为其当事人能力规则足够抽象,客观上具有准用的可能性。^[31] 但中国的当事人能力规则有其特色,以具体性规定为主。例如,《民事诉讼法》第 51 条规定必须是“公民”才能作为民事诉讼的当事人。在国内法语境中,这样规定几乎没有问题,中国公民当然有权在法院起诉。然而,该规则被拓展适用在涉外情境中则不妥,无国籍人非特定国家的公民,也不应因此不具有当事人能力。此外,《民诉法解释》第 52 条列举了《民事诉讼法》第 51 条所规定的“其他组织”的类型,依法领取营业执照的中外合作经营企业、依法领取营业执照的乡镇企业、街道企业等均为有当事人能力的“其他组织”,不过这些主体带有很鲜明的中国特色。同样地,《民诉法解释》第 59 条关于个体工商户当事人能力的规定、第 68 条关于村民委员会及村民小组当事人能力的规定,都是针对中国本土民商事主体的特色性规定,规则制定者并未考虑过将其适用在涉外情境中。

第二,如准用法院地法的当事人能力规则,将不利于法的安定性,法律适用的过程变得极为复杂。如前所述,中国法上的当事人能力规则以具体规定为主,一些带有中国特色的规则不适用于涉外情形,但此外的很多规定能否适用于涉外情形则不容易判断。例如,《民诉法解释》第 52 条(7 种“其他组织”)、第 53 条(法人分支机构)、第 60 条(合伙企业)、第 62 条(未登记或终止的法人)、第 64 条(解散但未注销或未清算就注销的企业)等都是针对相关具体主体而制定的当事人能力规则。以《民诉法解释》第 52 条第 5 项和第 53 条为例,二者均为法人分支机构的当事人能力规则,其中第 52 条第 5 项要求法人分支机构必须依法设立并领取营业执照才具有当事人能力,第 53 条反面规定未依法设立或未领取营业执照时,应以法人为当事人。假设待判断的主体是中国法人在沙特阿拉伯设立的分公司,如适用法院地法,该分公司是否具有当事人能力取决于其是否领取营业执照。但问题是,沙特阿拉伯行政机关会颁发营业执照吗? 哪些文件可以替代性地被认为是营业执照? 如果该分公司没有营业执照就被剥夺当事人能力吗? 该条款在涉外情形下适用会引发前述困惑。类似的还有《民诉法解释》第 60 条,该条规定个人合伙如果没有领取营业执照,应以全体合伙人为共同诉讼人,英国的个人合伙有无营业执照又该如何判断? 如果英国的个人合伙本身具有权利能力或当事人能力,适用该规则就不合理。

[30] 参见[日]本间靖规、中野俊一郎、酒井一著:《国际民事诉讼法》,柴裕红译,商务印书馆 2020 年版,第 89-90 页。Siehe auch Schütze, Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. 2005, Rn. 186.

[31] 例如,德国《民事诉讼法》第 50 条规定:“有权利能力者,有当事人能力。无权利能力的社团同样可以起诉或被告;在诉讼中,该社团具有有权利能力的社团的地位。”如在涉外情形中适用该规则,法官重点只需解决涉外主体有无权利能力这一问题。

即使筛选出了可适用于涉外情形中的规则,在适用这些规则时,围绕着规则的规范要件也将产生许多先决问题。^[32] 最典型的是《民事诉讼法》第 51 条,该条规定“公民”和“法人”都具有当事人能力,在涉外情境下适用时,“公民”应类推为所有自然人,“法人”应指所有根据属人法能认定为法人之组织体。此外,其他条款要件的含义较难确定。例如,《民诉法解释》第 62 条规定,法人或其他组织应登记而未登记,如果行为人以其名义进行民事活动,应以行为人为当事人。那么这里的“应登记而未登记”以哪一国法为基准,如果根据法人或组织体的成立地法,无须登记也可以具有部分权利能力甚至当事人能力,第 62 条又是否应适用? 第 52 条的“合法成立”、第 53 条的“非依法设立”、第 60 条的“未依法登记”、第 64 条“依法清算并注销”、第 69 条“近亲属”等要件,均属于需要法院处理的先决问题。在涉外情形下,这些原本轻易能查明的要件反而给法官造成极大的负担,而且据此认定的结果也未必符合涉外主体的真实法律状态。

(二) 双边冲突规则的基础问题

有权利能力者当然地具有当事人能力,所以很自然会让人产生一种观点,即特定涉外主体有无当事人能力,只需适用权利能力的冲突规则确定其有无权利能力即可,^[33] 而无需特地为当事人能力制定特别的冲突规则。但是民事诉讼法学界主流观点认为,权利能力和当事人能力不必保持一致,当事人能力的认定应立足于民事诉讼的特点。^[34] 民事诉讼法从诉讼便利的目的出发,为了更好地解决纠纷,维护公民与法人的合法权益,在符合一定条件下可以赋予无权利能力但已经参与社会交往的组织以当事人能力。基于此,间接地根据权利能力冲突规则确定当事人能力,势必失之偏颇,且不利于诉讼关系的展开。

在德国,通说认为应为当事人能力创设独立的冲突规则,这一观点也被大多数司法裁判采纳。^[35] 依该说见解,在判断外国主体的当事人能力时,无须先依其属人法判断有无权利能力,法官可根据不成文的冲突规则,最终适用属人法中当事人能力的规定判断该外国主体有无当事人能力。^[36] 不过,或许会有观点质疑,外国主体是在法院地起诉,与属人法的程序规则(当事人能力规则)有何关系? 对此,可进行三点回应。第一,适用其属人法的当事人能力之规定,可以与其本国法院的认定结果保持一致,这也意味着一旦判决在法院地国无法得到充分执行而需要向当事人的本国法院申请承认与执行时,不至于因为当事人认定不当而被拒绝。^[37] 第二,为当事人能力发展冲突规则更符合当事人能力制度的本意。虽然当事人能力和权利能力在多数情况下直接相关,但对团体组织而言,情况则不然。立法者可以基于特别考量,赋予不具有权利能力的非法人组织以当事人能力,因而借助权利能力有无来判断有无当事人能力,所得出的结论有失妥当,不如直接根据外国主

[32] 关于国际民事诉讼法上的先决问题的解决,参见林强:《非涉外编程序规则在国际民事诉讼中的适用——〈民事诉讼法〉第 270 条第 2 句的教义学阐释》,《武大国际法评论》2024 年第 6 期,第 23-29 页。

[33] 相关案例参见江苏省高级人民法院(2014)苏民终字第 0205 号民事裁定书。

[34] 参见张卫平著:《民事诉讼法》(第 6 版),法律出版社 2023 年版,第 136-137 页。

[35] Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 5 Rn. 13 ff.

[36] Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 9. Aufl. 2024, Rn. 2202.

[37] Vgl. Haertlein, Ausländische Parteien um Bankprozess, in: Mitgliedern der Juristenfakultät (Hrsg.), Festschrift der Juristenfakultät zum 600 jährigen Bestehen der Universität Leipzig, 2009, S. 459.

体属人法的当事人能力规则认定其可否作为诉讼主体。^[38] 第三,当事人能力和权利能力、行为能力一样,应属于主体能力的一个方面,适用属人法的相关规定符合该主体或主体背后之成员的行为预期。只要无害于法院地法的公共政策,且所得判决能得到其本国的承认,就没有太多的理由排斥适用外国主体的属人法的当事人能力规则。

不过,适用外国主体的属人法并不见得就一定都能保护国内法律交往以及促进国内诉讼便利,当外国主体依其属人法无当事人能力时,可否补充适用法院地法的当事人能力规则? 相关情况主要涉及非法人组织。对此可以区分两种情形。第一,此类组织可否在法院地成为被告(有无成为被告的当事人能力)? 德国多数学者认为,为保护国内法律交往以及促进诉讼便利,应类推适用德国《民事诉讼法》(*Zivilprozessordnung*, ZPO)第 50 条第 2 款以及第 55 条,即使在此情况下属人法并不肯定其当事人能力,德国法院也应赋予其成为被告之当事人能力。^[39] 这有一定道理,可避免原告不得不调查国外该组织背后实际的自然人并以这些自然人为被告,徒增诉讼成本和负累。第二,此类组织可否在法院地成为原告(有无成为原告的当事人能力)? 德国学者在这点上见解略有分歧。有学者认为,尽管德国《民事诉讼法》在 2009 年对其第 50 条第 2 款作了修订,承认不具有权利能力社团有成为被告和原告的完全的当事人能力,但该条不能扩张适用于外国类似之团体组织。^[40] 如果肯定该类团体组织有成为原告的当事人能力,败诉的诉讼费用判决以及反诉判决可能都无法在其本国得到承认,因为根据其属人法这类团体组织并不具有当事人能力。另有学者认为,如果该类组织意图在德国诉讼,可以根据德国《民法典》(*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB)第 1913 条(第 1 句)指定保佐人,^[41] 或在德国境内没有财产时,要求其提供一定的诉讼费用担保,^[42] 在此条件下也可以赋予其成为原告之当事人能力。

(三) 双边冲突规则构建的中国立场

在中国法语境中适用法院地法原则过于复杂,且结果未必妥当,而属人法主义更符合当事人能力认定的原理,更能满足当事人对自己法律能力的合理期待。未来中国立法者应考虑在属人法主义的基础之上拟定关于当事人能力的双边冲突规则,即直接指示法官适用属人法的当事人能力规则判断特定主体有无当事人能力。在拟定当事人能力冲突规则时,应注意如下两方面的问题。

第一,法人及非法人组织属人法的确定问题。在拟定当事人能力冲突规则时,自然人的经常居所地法作为属人法并无问题,有疑问的是应如何为法人以及非法人组织确定属人法。《法律适用法》第 14 条的现有缺陷应予以避免。一方面,《法律适用法》第 14 条忽视了所有组织团体均有确定属人法的必要。事实上,必须为所有组织团体确定属人法,之后才有可能判断其是否具有法人身份。另一方面,《法律适用法》第 14 条在确定属人法时立场并不明晰,究竟应采用“本座主义”还是“设立地主义”? 由此带来了法律适用上的

[38] Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 5 Rn. 17.

[39] Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 2204.

[40] Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 5 Rn. 18.

[41] Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 651.

[42] Vgl. Lindacher/Hau, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 50 Rn. 61.

不确定性。笔者主张,以设立地法为团体组织(无论其是否为法人)的属人法。因为适用设立地法能保障成员在设立组织团体时对其法律上的能力状况有确切的认识,而本座地有时并不那么容易确定。

第二,法院地法的补充适用问题。这实质上即是探讨是否准许依属人法无当事人能力的主体在中国成为被告或原告。从维护国内法律交往的确定性、诉讼的经济性和安定性等目的出发,只要该类主体具有一定的财产和组织形式,应准许国内原告直接起诉该类外国主体,法院地法可对此作补充规定。从国内外主体平等的立场出发,法院地法可同时赋予这类团体组织成为原告的资格。德国部分学者主张,如法院地法赋予这些外国团体组织成为原告的资格,但这类团体组织在德国境内无财产,此时为避免其败诉后诉讼费用判决无法在外国执行,法院可依被告申请要求该类外国团体提供诉讼费用担保。^[43] 不过,中国因采用原告预付诉讼费用的做法,^[44] 无须考虑外国承认与执行诉讼费用判决的问题,所以不必像德国一些学者主张的那样要求此类诉讼主体提供诉讼费用担保。

四 关于诉讼行为能力的双边冲突规则

诉讼行为能力,是指当事人可以亲自实施诉讼行为,通过自己的行为行使诉讼权利、承担诉讼义务,成为诉讼行为相对方的能力。中国较早已有学者支持属人法主义,即主张可为诉讼能力发展出双边冲突规则,^[45] 但作为典型的程序问题,为何诉讼行为能力问题不适用法院地法而应适用外国法,又应如何拟定其双边冲突规则,中国学者未给出系统解答。下文将重点探讨这些问题。

(一) 不适用法院地法的理由

支持适用法院地法最有力的理由是诉讼行为能力问题属于程序问题,至于依法院地法原则所得的结论是否妥当,单从原理上抽象来论,似乎并不那么容易判断。下文将具体考察《民事诉讼法》及其相关规范中的诉讼行为能力规则在涉外情形中的适用。

与其他法域的规则相比,我国内地关于诉讼行为能力的规定有一定的特殊性。比如,德国和我国台湾地区都对如何认定诉讼行为能力作出正面规定,^[46] 而我国《民事诉讼法》虽有 4 处提及“诉讼行为能力”,^[47] 但这 4 条规则均未对这一关键概念给出法定定义。在实践中,真正对诉讼行为能力的判断起到关键作用的是《民诉法解释》第 83 条和第 148 条第 2 款等规则。例如,《民诉法解释》第 83 条规定了如何为无民事行为能力人和限制行为能力人确定诉讼中的法定代理人,结合《民事诉讼法》第 60 条,可以认为中国实证法实际上就是认为无民事行为能力人和限制行为能力人属于无诉讼行为能力人。^[48]

[43] Vgl. Lindacher/Hau, in: Münchener Kommentar ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 50 Rn. 61.

[44] 参见《诉讼费用交纳办法》(中华人民共和国国务院令 481 号)第 20 条。

[45] 参见李浩培著:《国际民事程序法概论》,法律出版社 1996 年版,第 105-106 页。

[46] 例如,德国《民事诉讼法》第 52 条规定:“人在其依契约负担义务的限度内有诉讼能力。”我国台湾地区“民事诉讼法”第 45 条规定:“能独立以法律行为负义务者,有诉讼能力。”

[47] 分别是《民事诉讼法》第 60 条、第 153 条、第 211 条以及第 300 条。

[48] 这也与学理保持一致。参见张卫平著:《民事诉讼法》(第 6 版),法律出版社 2023 年版,第 138 页。

不过,《民诉法解释》第148条第2款规定,在离婚案件中无民事行为能力人由其法定代理人进行诉讼,由于该规定并未对限制行为能力人作出同等要求,似乎可以推断出限制行为能力人在离婚诉讼中具有诉讼行为能力。适用法院地法中的诉讼行为能力规则,实际上最终都要落脚于当事人究竟是属于无民事行为能力人、限制行为能力人还是完全民事行为能力人。以《民诉法解释》第83条的适用为例,在涉外情形下法官需要面对的问题是,如何确定某当事人是否为无民事行为能力及限制民事行为能力。如果将此作为国际民事诉讼法上的先决问题,可能存在两种法律适用方案。

第一种方案是直接适用法院地法中的行为能力规则,这就意味着外国人行为能力处于何种状态均根据中国法来判断。如此似乎是严格地贯彻了平等对待内国与外国当事人,并且为两类主体提供同等程度的程序保护。但不同国家的行为能力认定标准不一,有可能间接地导致某外国主体依其属人法有诉讼行为能力,依法院地法却被认定为无诉讼行为能力,需要由其监护人代为诉讼。但是,当事人在其经常居所地已经无需监护,依法院地法却须为该外国主体指定监护人再行诉讼,不合情理,也在一定程度上阻碍了民商事交往。当然,还有可能发生的情形是,外国当事人依其属人法没有诉讼行为能力,但在法院地国有诉讼行为能力,法院是否应直接拒绝外国当事人的监护人代为诉讼?这样的判决可能会被外国当事人本国拒绝承认,^[49]因为未能保障其听审权。

第二种方案则是适用《法律适用法》中的行为能力冲突规则确定行为能力的准据法,如此似乎考虑到了当事人属人法上的民事行为能力规则,但应特别注意的是,民事行为能力和诉讼行为能力并不一定总挂钩。例如,我国台湾地区“民法”第85条第1项规定,受法定代理人准许而营业的限制行为能力人对于其营业事项有行为能力,但程序法却否定了其在这些事项上的诉讼行为能力。^[50]类似的还如,一个17岁的英国人可以缔结生活必需之合同,即其在缔结该类合同时具有行为能力,但对因此类合同产生的诉讼不具有诉讼行为能力。^[51]因此,如果坚持以中国法的诉讼行为能力规则为准,仅在解决先决问题(即有无行为能力)时适用外国当事人属人法的行为能力规则,最终得出的有无诉讼行为能力的结论仍然和直接适用当事人属人法上的诉讼行为能力规则所得出的结论不同。最终当事人本国有可能以未充分注意到当事人的诉讼行为能力、未能保障其听审的权利为由,拒绝承认与执行已作出的裁判。

基于以上考察,笔者认为,中国立法将诉讼行为能力制度与民事行为能力制度深度绑定,即便通过先决问题的解决对法院地法作出变通处理,法院地法的适用结果也有所不当。国际民事诉讼法上的诉讼行为能力问题不宜适用法院地法。

(二) 双边冲突规则构建的基本原理

在德国,属人法主义是通说,日本也有学者表示赞同。^[52]支持属人法主义的学者认

[49] 关于相关立法例,参见我国《民事诉讼法》第300条第2项。

[50] 参见许士宦著:《民事诉讼法(上)》,我国台湾地区新学林出版股份有限公司2018年版,第385页。

[51] Vgl. Hausmann, in: Staudinger BGB, 2024, EGBGB Art 7, Rn. 166.

[52] Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 2217 f. 另参见[日]新堂幸司著:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第105页。

为无需从法院地法出发迂回地通过行为能力的有无来认定诉讼能力,在国际民事诉讼法上存在着一条不成文的关于诉讼行为能力的冲突规则,即应适用外国当事人属人法上的诉讼行为能力规则认定当事人有无诉讼行为能力。为何属人法主义更优?有以下两点实质性理由。第一,如前所述,行为能力未必与诉讼行为能力挂钩,二者之间不存在一一对应之关系。所以,学者认为无须以行为能力为媒介,绕道求助行为能力的冲突规则解决问题,更直接的方法是承认存在一条专属于诉讼行为能力的冲突规则,即应直接适用其属人法上关于诉讼行为能力的程序规则。^[53] 第二,法官适用属人法的诉讼行为能力规则能与当事人属人法所在国在诉讼行为能力问题上保持一致的认定结果。在裁判作出后,该当事人就不能援引其属人法主张;已作出的裁判没有考量其无诉讼行为能力的事实,未能保障其听审的诉讼权利,应不予承认执行。^[54]

在属人法主义的基础之上,德国和日本立法者更进一步,仿照民事行为能力的冲突规则针对诉讼行为能力作了特别规定。例如,德国《民事诉讼法》第 55 条规定:“外国人虽然依本国法没有诉讼能力,但根据法院地诉讼法有诉讼能力的,视为有诉讼能力。”日本《民事诉讼法》(民事訴訟法)第 33 条规定类同。这两条规定均反映了立法者尽可能将外国当事人认定有诉讼行为能力。学者认为,在属人法主义之外还可以适用法院地法的理由主要有三点。第一,应平等对待内外国主体,如果依法院地法某外国主体具有诉讼行为能力,就不需要再将其作为无诉讼行为能力人予以保护。^[55] 第二,类似于行为能力冲突规则所要实现的目的一样,选择性地适用法院地法可以便捷诉讼交往活动,或是保护诉讼相对人的交往安全。^[56] 第三,准许法院适用法院地法有利于诉讼经济,使法院可以首先直接适用法院地的诉讼行为能力规则,如果外国当事人依法院地法具有诉讼行为能力,法官就无须适用冲突规则且查明外国法上的规定。^[57]

(三) 双边冲突规则构建的中国立场

笔者赞同应根据属人法主义确定诉讼行为能力准据法,但不认为可以无条件地选择适用法院地法,因为用来支持德国《民事诉讼法》第 55 条以及日本《民事诉讼法》第 33 条的几个理由均有瑕疵。首先,如果要平等对待内外国主体,直接适用法院地法即可,法院地法就不应是属人法主义的补充或替代性选择。其次,诉讼之中的交往活动和日常生活之中的交易活动不同,后者从便利国内交易相对方或保护国内善意的交易相对方的目的出发,选择性地适用行为地法,一定程度上可以免于让当事人查明外国法。但在诉讼活动中,当事人有无诉讼行为能力属于法院依职权查明的事项,一方当事人对另一方当事人诉讼行为能力有无的认知主要建立在法院查明认定的基础之上。只要法院依职权对诉讼行为能力有无作出审查,当事人之间就可以充分信任且顺畅地进行诉讼活动,这与适用哪一

[53] Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 653.

[54] Vgl. Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8. Aufl. 2021, Rn. 653.

[55] 参见[日]本间靖规、中野俊一郎、酒井一著:《国际民事诉讼法》,柴裕红译,商务印书馆 2020 年版,第 90 页。

[56] Vgl. Hausmann, in: Staudinger BGB, 2024, EGBGB Art 7, Rn. 170.

[57] Vgl. Jaeckel, Die Reichweite der lex fori im Internationalen Zivilprozessrecht, 1995, S. 94.

国法本身并无直接关系。最后,诉讼经济也不是直接准许适用法院地法的理由。固然,诉讼经济是一个有分量的理由,但判决能否得到执行可能更重要。如前所述,原本当事人依其属人法无诉讼行为能力,法院却径直根据法院地法认定其有诉讼行为能力,在其本国看来这有可能忽视了其亲自诉讼、参与庭审的权利,最终得出的判决可能无法得到其本国承认与执行。从结果来评估,这意味着更大的司法资源的浪费。所以,在德国近来一些学者认为,在适用德国《民事诉讼法》第 55 条时应注意,只有考虑到判决无需到其本国去承认与执行时,法官才可以适用法院地法。^[58] 对此笔者表示赞同。

综上,我们可以采纳如下的法律适用方案:首先,外国人诉讼行为能力应适用其属人法的诉讼行为能力规则;其次,在判决无需得到当事人本国法院承认执行时,诉讼行为能力有无的问题可适用法院地法。故此,未来可考虑拟定一条冲突规则:外国人或无国籍人的诉讼行为能力,适用其经常居所地法;如根据其经常居所地法无诉讼行为能力,且无须考虑该当事人本国对裁判的承认与执行,诉讼行为能力问题可适用法院地法。

五 余 论

在国际民事诉讼中,法院地法原则虽为基本原则,但绝非不可突破。如当事人在特定程序问题上具有值得保护的适用外国法的利益,立法者完全可为这些程序问题发展出双边冲突规则。相较于国际私法,目前中国国际民事诉讼法中可发展出的双边冲突规则仍较少。较为明确的是,选择法院协议的效力、当事人能力以及诉讼行为能力的认定等程序事项均有拟定双边冲突规则的必要。不过,中国民事诉讼制度仍处在改革转型期,国内民事诉讼法的发展势必会引起法理念与法政策的更迭,对国际民事诉讼法而言,在特定程序事项上也有可能从纯粹关心司法权如何行使转向如何保障当事人的程序性权益,此时就有可能在这些程序事项上进一步发展出一些双边冲突规则。作证特免权就是一个典型例子。当下中国国内民事诉讼法并无作证特免权的相关规则,这表明立法者更看重实体真实的发现,而非保护特定主体的私人或职业空间不受司法程序影响,故在涉外民事诉讼之中,证人的作证义务最好宜作为公法性义务,法官只适用法院地法裁判。但是,如果中国在国内民事诉讼法中规定了作证特免权,在此基础上,立法者就需联动地考虑在涉外情形下为作证特免权事项发展出双边冲突规则。这不仅有利于稳定当事人的行为预期,还可以避免因适用法院地法,使当事人陷入作证义务与保密义务相冲突的两难境地,^[59]从而便利当事人更好地开展跨境民商事交往活动。总之,未来应以开放的立场对待程序问题的法律适用,国际民事诉讼法中双边冲突规则的拟定以及发展应引起高度重视。

[本文为作者主持的 2024 年度中国社会科学院“青启计划”项目“国际民事诉讼中的程序问题法律适用原理”(2024QQJH140)的研究成果。]

[58] Vgl. Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, § 5 Rn. 53.

[59] Vgl. Magnus, Der Schutz der Vertraulichkeit bei grenzüberschreitender Anwaltstätigkeit, RabelsZ 2013, 111, 121.

General Theory on Construction of Conflict Rules for Procedural Issues

[Abstract] “*Forum regit processum*” (hereinafter referred to as the *lex fori* principle) is one of the oldest conflict rules and is still considered a basic principle of international civil procedure law in the modern era. According to this principle, in civil proceedings involving foreign elements, *lex fori* always applies to procedural issues, regardless of whether the applicable law on substantial issues is foreign law or not. The rational basis of the *lex fori* principle is that it is conducive to maintaining the efficiency of litigation, rather than the abstract and seemingly sound doctrines such as public law taboos or natural justice. Since the validity of the *lex fori* principle is based on promotion of efficiency in litigation, we should embrace the idea that, if the parties have an interest worth protecting in applying foreign law to procedural issues, then we can exceptionally break through the restrictions of the *lex fori* principle and develop bilateral conflicts rules for these procedural issues. In theory, although there are few bilateral conflict rules for procedural issues, we should not ignore their existence. Unfortunately, the Chinese legislator remains relatively conservative on this issue. Taking the newly amended Civil Procedure Law of 2023 as an example, the Chinese legislator still strictly adheres to the *lex fori* principle on matters of the applicable law on procedural issues and has not provided for exceptions to this principle. In the current Chinese legal system, we can see that the results obtained by applying *lex fori* to issues such as choice of court agreements, party capacity, and capacity to sue are obviously inappropriate, and we should formulate bilateral conflict rules for these issues. However, in the absence of conflict rules for those issues in the legislation, those legislative loopholes can only be closed through future judicial interpretations or authoritative judicial decisions. In addition, we should also be aware that China’s civil procedure institutions are still in a period of reform and transition. The development of domestic civil procedure law will inevitably lead to changes in legal concepts and policies. It is also possible that, in specific procedural issues, there may be a shift from a pure concern with how judicial power is exercised to a concern with how the procedural and substantive rights of the parties are protected. Therefore, with the change of legal mindset and policy on civil litigation, some issues previously considered governed by *lex fori* would also need to be governed by foreign law. The judicial experience of foreign countries shows that there is room for applying foreign law to procedural issues such as the privilege of witness and *res judicata* of recognized foreign judgments. In short, we should adopt an evolutionary approach to the matter of the applicable law to procedural issues and attach importance to the formulation and development of bilateral conflict rules in international civil procedure law.

(责任编辑:余佳楠)